

Pari Opportunità, Dr.ssa Margherita Perretti, un protocollo d'intesa avente ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali e le pari opportunità (di cui seguirà doveroso approfondimento al paragrafo 3.11 del presente capitolo).

Sul fronte dei reclami e dei disservizi segnalati nei vari settori di competenza (urbanistica, rifiuti, ambiente, edilizia popolare ecc.) il Difensore civico è intervenuto per sollecitare la conclusione dei procedimenti amministrativi e la concessione dei necessari titoli autorizzativi, nei casi di ritardi non motivati ovvero nelle ipotesi di indebito appesantimento delle procedure di legge.

Difatti, compito precipuo del Difensore civico è la valutazione delle *performance* dei servizi pubblici, degli standard di qualità in riferimento ai bisogni effettivi dei cittadini rispetto all'operato della pubblica amministrazione e dei gestori di servizi pubblici.

In tale ambito, merita particolare menzione la cooperazione registrata con gli Uffici del Gestore del servizio idrico integrato, Acquedotto Lucano, e con i funzionari dell'Ater, i quali hanno tempestivamente fornito le informazioni e i documenti richiesti, nonchè provveduto, laddove possibile, alla risoluzione delle problematiche segnalate dal Difensore civico.

Seguendo un *trend* ormai consolidato dopo la pandemia, le richieste sono state presentate prevalentemente a mezzo posta elettronica o posta certificata (*pec*), quasi sempre attraverso la compilazione del modulo *online* pubblicato sul sito istituzionale, meno con lettera semplice o raccomandata.

A fronte di istanze di incerta definizione, l'Ufficio ha attivato un dialogo cooperativo con i richiedenti, secondo il principio generale previsto per ogni procedimento amministrativo, che impone - prima di respingere un'istanza incompleta o non qualificata correttamente dall'interessato - di attivare il cd. *soccorso istruttorio* per comprendere l'effettiva richiesta dell'interessato.

Tale *modus operandi* da sempre caratterizza l'operato dell'Ufficio, concedendosi la possibilità all'istante di precisare lo scopo e la finalità pratica sottesa alla richiesta e, in ultima analisi, la sua effettiva volontà.

Ciò si verifica anche in caso di istanze generiche o apparentemente massive, per le quali, prima di respingere l'istanza, si rende necessario chiedere maggiori chiarimenti anche al fine di ricondurre l'istanza entro un perimetro di maggiore comprensione.

In tale contesto operativo, il cittadino viene sempre informato di tutti i passaggi dell'istruttoria, attraverso l'invio di copia dell'intervento del Difensore civico e degli esiti dell'istruttoria. A tal fine, vengono utilizzati gli indirizzi mail o pec forniti dall'interessato, prediligendo la trasmissione in formato digitale.

Per tutte le istanze, anche quelle manifestamente infondate, l'Ufficio cerca di fornire comunque il supporto necessario e le corrette informazioni per districare la questione e la normativa riferita al caso concreto, non sempre di facile applicazione.

3.2 Problematiche rilevanti e criticità registrate nel 2022

Come premesso nella parte introduttiva, numerose sono state le richieste di intervento riguardanti l'area della partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo e nell'ambito del diritto di accesso documentale e civico (*semplice e generalizzato*), secondo la disciplina riveniente dalla legge n. 241/1990 e dal d.lgs. n. 33/2013.

Sono stati presi in esame vari casi riguardanti la materia del territorio e dell'ambiente, il trasporto pubblico locale, il degrado e la scarsa manutenzione di aree urbane, nonché le problematiche concernenti gli assegnatari di alloggi gestiti dalla Agenzia territoriale per la Casa (ATER).

In più del 70% dei casi sono state effettuate raccomandazioni o rilievi nei confronti dei Comuni lucani interessati dai diversi procedimenti amministrativi, secondo il perimetro di competenza attribuito al Difensore civico regionale.

A tal proposito, va premesso che l'articolo 186 della legge statale 23.12.2009, n. 191 (cd. Finanziaria 2010), come modificato dall'articolo 1, comma 1, quater della legge n. 42/2010, nel sopprimere la figura del Difensore civico comunale, ha previsto che le relative funzioni possano essere attribuite, mediante apposita convenzione, al Difensore civico della Provincia, che assume la denominazione di Difensore civico provinciale.

Con un minimo sforzo ermeneutico si può ritenere, secondo autorevoli giuristi, che in assenza di Difensori civici provinciali (in Basilicata mai istituiti) le funzioni possano essere attribuite al Difensore civico regionale in quanto "territoriale".

Ferma la competenza comunque attribuita al Difensore civico dalla normativa sui ricorsi avverso il diniego all'accesso agli atti (documentale, semplice, generalizzato, ambientale ed in materia di appalti) anche nei confronti delle amministrazioni comunali, il quadro complessivo sul territorio nazionale è alquanto variegato, peraltro in coerenza con le vistose difformità che regolamentano l'attività dei Difensori civici regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano e le loro funzioni.

Quindi, a livello regionale il quadro normativo presenta significative difformità circa la necessità di stipulare apposite convenzioni con i Comuni affinché il Difensore civico possa esercitare le sue funzioni di impulso e sollecitazione.

Di conseguenza, si registrano sensibili differenze tra le varie Regioni e le Province autonome: si va da zero convenzioni in alcune Regioni (es. Veneto, Umbria, Basilicata e Lazio) a tutti i Comuni convenzionati nella Provincia di Bolzano; da poche convenzioni in Lombardia (solo 26 i Comuni lombardi convenzionati), a percentuali ottimali nella Provincia autonoma di Trento ed altre decorose (circa il 20% in Emilia Romagna, 37% Liguria, 18% Friuli Venezia Giulia).

Quanto ai soggetti sottoscrittori delle convenzioni, si va dal Presidente del Consiglio Regionale all'Ufficio di Presidenza, sino al Difensore civico direttamente con il Sindaco o Organo a ciò delegato, senza necessità di ulteriori interventi.

Ed invero, a parere della scrivente, subordinare gli interventi del Difensore civico (spesso limitati alla *moral suasion*) nei confronti dei Comuni alla stipula di apposita convenzione sottoscritta con il Sindaco o altro funzionario delegato, in realtà avrebbe come grave conseguenza un deficit di tutela e una disparità di trattamento dei cittadini, proprio in materie che riguardano il benessere, la quotidianità e l'inclusione sociale ed in ambiti di maggiore prossimità con la pubblica amministrazione.

Con il conseguente paradosso che, in difetto di convenzione, gli interessati non potrebbero presentare reclamo al Difensore civico per la soluzione di problematiche relative ad inefficienze, ritardi, omissioni, irregolarità ecc. degli uffici comunali.

Pertanto, alla luce del principio generale che attribuisce al Difensore civico interventi di proposta, sollecitazione e persuasione nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni che operano in ambito regionale, è prassi di questo Ufficio intervenire nei confronti dei Comuni, pur in assenza di apposita convenzione.

Altri Enti destinatari delle iniziative della Difesa civica nel corso del 2022, sono stati la Regione e i suoi enti strumentali (Acquedotto Lucano S.p.A., ATER, ARDSU) le strutture ospedaliere nonché le strutture socio-sanitarie (RSA, Case di Cura) e Amministrazioni periferiche dello Stato (tra cui INPS e INAIL).

Come già registrato negli scorsi anni, sono state presentate alcune istanze che esulavano dal perimetro di competenza del Difensore civico (circa il 6% delle pratiche), aventi cioè ad oggetto questioni civilistiche, condominiali, bancarie o riguardanti amministrazioni di altre Regioni italiane.

Per tutte le suindicate segnalazioni, si è provveduto a fornire agli interessati le corrette informazioni sugli organi all'uopo competenti.

In tema, giova ricordare che, con l'entrata in vigore della legge 15 maggio 1997 n. 127 "Misure urgenti per lo snellimento delle dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo" (c.d. legge *Bassanini-bis*), la competenza del Difensore civico è espressamente preclusa nei confronti di provvedimenti, atti o decisioni adottate dalle Amministrazioni periferiche dello Stato che operano in campo giudiziario (Magistratura di ogni ordine e grado), difesa e sicurezza pubblica (Forze dell'Ordine, Esercito, Prefetture, Questure ecc.).

Difatti, l'art. 16 della suindicata legge recita: "1. *A tutela dei cittadini residenti nei comuni delle rispettive regioni e province autonome e degli altri soggetti aventi titolo secondo*

quanto stabilito dagli ordinamenti di ciascuna regione e provincia autonoma, i difensori civici delle regioni e delle province autonome, su sollecitazione di cittadini singoli e associati, esercitano, sino all'istituzione del difensore civico nazionale, anche nei confronti delle amministrazioni periferiche dello Stato, limitatamente agli ambiti di rispettiva competenza, con esclusione di quelle che operano nei settori della difesa, della sicurezza pubblica e della giustizia, le medesime funzioni di richiesta, di proposta, di sollecitazione e di informazione che i rispettivi ordinamenti attribuiscono agli stessi nei confronti delle strutture regionali e provinciali".

Viceversa, per le residuali Amministrazioni periferiche dello Stato, il Difensore civico esercita le sue funzioni e prerogative, fatta eccezione per i ricorsi in materia di accesso documentale ex legge n. 241/1990, per i quali si radica la competenza della Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi (CADA), istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Per queste pratiche, si è provveduto tempestivamente a trasmettere d'ufficio i ricorsi e relativi allegati alla Commissione, per le valutazioni e iniziative di competenza.

Nel 2022, in applicazione del principio di efficientamento e di risparmio energetico - al fine di attenuare a livello regionale gli effetti della crisi energetica e di favorire il ripopolamento del territorio lucano, anche nell'ottica di valorizzazione del gas naturale - la Regione Basilicata con legge del 23 agosto, n. 28 ha concesso il "Bonus gas" mediante rimborso in bolletta della componente energia del prezzo del gas per le utenze domestiche dei residenti in Basilicata, delle pubbliche amministrazioni regionali, esclusi gli enti pubblici economici e le società partecipate, e degli enti locali regionali.

Nel mese di ottobre 2022 è stata pertanto resa fruibile la suindicata misura compensativa per le famiglie lucane che, in un momento di grave crisi economica e sociale, hanno beneficiato di un significativo risparmio sulla bolletta del gas.

Alcuni utenti, tuttavia, hanno segnalato all'Ufficio la mancata erogazione del bonus in bolletta, pur avendo prodotto in tempo utile l'autocertificazione richiesta per la fruizione del contributo regionale.

Dalle informazioni acquisite presso gli Uffici preposti, è stato appurato che a fronte delle oltre 130.000 autocertificazioni processate, circa il 90% delle società di vendita hanno ottemperato alla norma prevista dalla legge n. 28/2022, per cui si è resa necessaria l'implementazione della procedura finalizzata a consentire la fruizione del beneficio, con effetto retroattivo, anche a favore degli utenti non ammessi per errori riscontrati in fase di presentazione e/o per la tardiva attivazione delle società del mercato di riferimento ovvero per l'eventuale mancata partecipazione da parte di talune di esse.

3.3 Le richieste di nomina di un Commissario *ad acta*

Nel 2022 sono pervenute al Difensore civico due richieste di nomina del Commissario *ad acta*, a fronte dell'inerzia serbata dal Comune nell'adozione di atti ritenuti dall'interessato obbligatori per legge.

Ai sensi dell'art. 136 del Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs. n. 267/2000) la nomina di un Commissario *ad acta* può configurarsi solo nei casi di mancata o ritardata adozione da parte degli Enti Locali di “atti obbligatori per legge”, cioè di “atti previsti da una fonte normativa, con esclusione dei casi in cui l'obbligo di adempimento derivi da una fonte contrattuale o da un atto amministrativo” (così si è espresso il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4284/2008).

Sul punto, sempre secondo consolidata giurisprudenza amministrativa, “la nozione di atti obbligatori per legge, alla cui mancata assunzione l'art. 136 TUEL riconnette il potere sostitutivo del Difensore civico, va intesa in senso restrittivo come atti doverosi e privi di discrezionalità. Tale nozione, infatti, non potrebbe essere interpretata in senso estensivo, posto che tutte le funzioni amministrative sono doverose per legge e tutte le norme di diritto amministrativo che assegnano compiti e funzioni alle amministrazioni sono, sotto tale profilo, imperative e inderogabili.” (cfr. TAR Veneto – Venezia sez. II – 19 maggio 2011 n. 866).

In materia di commissariamento degli Enti locali, poi, giova richiamare l'inquadramento giuridico della figura del Difensore civico fatta dal legislatore, la cui sfera di competenza è perimetrata a funzioni di organo di mediazione e persuasione tra uffici pubblici e cittadini, nei casi di ritardi, inefficienze, disservizi, senza l'attribuzione di poteri di annullamento o revoca di atti e provvedimenti adottati dalle pubbliche amministrazioni.

Difatti, al Difensore civico competono generalmente funzioni di *moral suasion* connesse alla tutela del principio del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione) – vale a dire tradizionali compiti di mediazione e sollecitazione - fatta eccezione per la funzione giustiziale in materia di accesso agli atti, ai documenti e ai dati detenuti dalla p.a. nei casi di diniego (espresso o tacito) o nella fattispecie di differimento dell'accesso non fondato su basi normative.

Inoltre, con la riforma del Titolo V della Costituzione, introdotta con legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 – è stato abrogato l'art. 130 della Costituzione, ove era prevista la possibilità del controllo di legittimità e di merito sugli atti degli Enti locali da parte di un organo della Regione (il cd. Comitato Regionale di Controllo - CORECO); pertanto, con l'abolizione dei CORECO, è cessato il controllo esterno di legittimità sugli atti amministrativi dei Comuni.

In tema, secondo consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, nonché per orientamento espresso dal Governo, deve ritenersi cessato anche il controllo di legittimità da parte del Difensore civico sugli atti adottati dai Comuni, in quanto esercizio di un potere impeditivo che non potrebbe essere posto in capo ad un Organo che non è regionale in senso stretto (Parere del Ministero dell'Interno in data 14.05.2003).

Ed ancora; secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 136 TUEL, si impone come doverosa un'interpretazione restrittiva del potere sostitutivo attribuito al Difensore civico nei casi di mancata adozione da parte della P.A. di atti "obbligatori per legge", atteso che la suddetta modifica costituzionale "non può essere senza significato ai fini di una corretta ricostruzione degli ambiti di possibile intervento dell'azione del difensore civico, che, quantunque in posizione di particolare indipendenza rispetto all'apparato regionale, costituisce pur sempre organo di nomina regionale." (cfr. Tar Liguria, sez. I - 19.09.2008, n. 1661; Tar Campania - Napoli sez. I - 10.08.2005 n.10698).

Ciò anche in considerazione di quanto più volte chiarito dalla Corte Costituzionale in merito all'esercizio dei poteri sostitutivi da parte di organi regionali nei casi di inerzia dei competenti organi comunali, ritenuto subordinato a precisi e stringenti limiti di legittimità (cfr. Corte Cost., sentenze 2.3.2004 n. 69 - n. 173/2004 - n. 112/2004).

Alla luce di tali considerazioni e prescrizioni, si è dato conferente riscontro alle richieste pervenute.

3.4 Accesso agli atti della P.A.: non è ammesso un controllo generalizzato

Si è posto il caso di un cittadino che aveva avanzato reiterate richieste di accesso agli atti detenuti dalla P.A., tutte aventi ad oggetto la medesima pratica.

L'interessato, pur a fronte delle risposte (alcune positive) da parte dell'Ufficio interpellato, aveva continuato a compulsare questo Difensore civico in sede di riesame, lamentando la mancata esibizione di alcuni documenti (assunti come inesistenti nell'archivio dell'Ente da parte del R.U.P.).

Sul tema, il Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza n. 4838 del 19 ottobre 2017, si è pronunciato sul diritto di accesso agli atti, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241/1990, nell'ipotesi in cui si configuri da parte del richiedente una sorta di controllo generalizzato sull'operato amministrativo della P.A..

Nella sentenza si legge testualmente: "A riprova di ciò la previsione, specifica, che l'interesse all'ostensione deve essere finalizzato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti: a norma dell'art. 22, comma 1, lett. b) della legge n. 241/1990, infatti, vengono definiti "interessati" all'accesso non tutti i soggetti indiscriminatamente, ma soltanto i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".

Difatti il legislatore - pur prevedendo il diritto di accesso agli atti a chiunque vi abbia interesse - “non ha voluto introdurre un’azione popolare volta a consentire un controllo generalizzato sull’attività amministrativa”. (Consiglio di Stato, sentenza del 21 agosto 2017, n. 4043).

In linea generale tutti i documenti amministrativi sono accessibili e le esclusioni sono tassativamente indicate dall’art. 24 della citata legge: a) *atti coperti da segreto di Stato*; b) *inerenti ai procedimenti tributari*; c) *che attengono all’attività normativa, amministrativa generale, di pianificazione e di programmazione*; d) *atti selettivi psicoattitudinali di terzi*; e) *non è ammesso il cd. controllo generalizzato dell’operato dell’amministrazione e l’interferenza sulla sicurezza dello Stato, sulla sovranità e le relazioni internazionali, sulla politica monetaria e valutaria, sull’ordine pubblico e le investigazioni o indagini di P.G., nonché la contrattazione collettiva*.

Quindi, pur accogliendo il giudice amministrativo una nozione ampia di “strumentalità” del diritto di accesso, nel senso della finalizzazione della domanda ostensiva alla cura di un *interesse diretto concreto e attuale*, nella stessa previsione normativa è contemplata *la fattispecie del diniego all’esibizione degli atti, qualora la richiesta rivesta carattere emulativo, potenziale, pretestuoso ovvero finalizzato ad un controllo generalizzato sull’operato della pubblica amministrazione*.

Inoltre, la *ratio* dell’istituto dell’accesso ai documenti amministrativi è quella di consentire al richiedente la conoscenza di atti fisicamente individuati o individuabili in maniera precisa e circoscritta da parte della P.A. che li detiene, tale da non richiedere un’attività di elaborazione o ricerca di documenti risalenti nel tempo ovvero l’emanazione di ulteriori atti (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 29 settembre 2021, n. 6546).

Infine, l’istanza non può riguardare documenti non più esistenti o mai formati (C.d.S., Sez. V, 7 ottobre 2021, n. 6713).

Per tutte le considerazioni che precedono, sono stati rigettati i numerosi ricorsi presentati dal ricorrente anche alla luce del *principio del ne bis in idem*.

3.5 Accesso civico generalizzato e dialogo cooperativo

Con l’emanazione del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come integrato e modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (cd. “Decreto Trasparenza”), è stata introdotta una nuova forma di accesso che si articola in due fattispecie: *l’accesso civico semplice e l’accesso civico generalizzato*.

Per espressa previsione del legislatore statale, tali richieste di accesso possono essere presentate dal *quisque de populo* (quindi non sono previsti limiti quanto alla legittimazione attiva) né necessitano di motivazione.

Di conseguenza, nella sua nuova veste, la trasparenza amministrativa si configura come accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, finalizzata non soltanto a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, ma anche a garantire una maggiore tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

L'accesso civico semplice, disciplinato dall'art. 5, comma 1, del suindicato decreto, cristallizza, quindi, *il diritto di chiunque di richiedere i documenti, le informazioni o i dati, oggetto di pubblicazione obbligatoria* secondo le vigenti disposizioni normative, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione ne abbia omesso la pubblicazione.

La richiesta di dati, informazioni e documenti può essere presentata gratuitamente al Responsabile della trasparenza nominato dall'Amministrazione.

Quest'ultimo è tenuto a pronunciarsi nel termine di trenta giorni dalla domanda e, nel caso di fondatezza della stessa, è tenuto a pubblicare sul sito istituzionale dell'Ente il documento mancante, comunicando altresì al richiedente l'avvenuta pubblicazione e il relativo collegamento ipertestuale.

Il comma 2 del menzionato articolo 5, prevede poi la fattispecie dell'*accesso civico generalizzato*, a norma del quale *“chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti, secondo quanto previsto dall'art. 5-bis”*.

L'accesso civico generalizzato soddisfa, dunque, un'esigenza di cittadinanza attiva, incentrata sui doveri inderogabili di solidarietà democratica, di controllo del corretto funzionamento dei pubblici poteri e di verifica democratica della gestione degli uffici della pubblica amministrazione e dei concessionari di servizi pubblici (la *ratio* dell'istituto dell'accesso civico generalizzato va oltre la finalità anti-corruttiva, pur rappresentandone la matrice).

Quanto al corretto inquadramento della richiesta di accesso agli atti e ai documenti pubblici, la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza anche se formulata dal richiedente in modo generico o cumulativo (ad esempio, senza riferimento ad una specifica disciplina), per cui potrebbe trattare siffatta richiesta alla stregua dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato abbia inteso fare esclusivo ed inequivocabile riferimento alla disciplina dell'accesso documentale. (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n.10 del 2 aprile 2020).

Tuttavia, secondo i Giudici di Palazzo Spada - pur potendosi attivare il cosiddetto *“dialogo cooperativo”* tra il Comune e il richiedente per giungere, in caso di istanze indeterminate e massive, ad una soluzione concordata sul perimetro concreto dell'accesso civico (in relazione al punto 8 della Circolare n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione)

- non trattasi di una procedura obbligatoria, ma di *mera facoltà del Comune*, stante la mancata espressa previsione nell'art. 5 e ss. del D.lgs. 33/2013 (Consiglio di Stato, sentenza n. 5702 del 13 agosto 2019).

Ciò premesso, occorre richiamare un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'accesso civico generalizzato non può essere basato su libertà singolari, non può cioè dilatarsi al punto da assumere *carattere egoistico o emulativo*, con il solo scopo di gravare sul carico di lavoro dell'ufficio pubblico e di appesantirne la funzionalità.

In altri termini, l'accesso generalizzato non può essere disfunzionale, cioè polarizzato *“al solo scopo di intralciare il buon andamento e funzionamento della P.A. e va usato secondo buona fede, sicché la valutazione del suo uso va svolta caso per caso e con prudente apprezzamento, al fine di garantire, secondo un delicato ma giusto bilanciamento che non obliteri l'applicazione di tal istituto, che non se ne faccia un uso malizioso e non si crei una sorta di effetto boomerang sulla P.A. destinataria”* (Consiglio di Stato, sentenza n. 5702 del 13 agosto 2019).

Alla stregua dei principi suesposti, le reiterate richieste di accesso civico generalizzato, aventi tutte ad oggetto la medesima pratica - per le quali l'Amministrazione interpellata aveva già dato riscontro al richiedente (in alcuni casi fornendo gli atti e le informazioni, in altri asserendo di non esserne in possesso) - sono state ritenute massive, pretestuose ed emulative, nonché atte ad inficiare il buon funzionamento degli uffici pubblici.

3.6 Accesso difensivo agli atti di una procedura selettiva

Un Comune lucano non ha consentito ad un candidato, partecipante ad una procedura selettiva per la nomina a componente della Commissione per un concorso pubblico, l'accesso ai documenti amministrativi afferenti *“le domande e i curricula dei candidati chiamati a svolgere le funzioni di commissari”*. In assenza di riscontro, trascorsi i 30 giorni dalla richiesta documentale presentata ai sensi della legge n. 241/1990, si è venuta a formare la fattispecie del silenzio diniego.

Occorre, preliminarmente, inquadrare la fattispecie del cd. *accesso difensivo* o *defensionale* nel quadro normativo vigente: si tratta dell'accesso preordinato all'acquisizione di documenti, la cui conoscenza è necessaria ai fini della cura e della difesa degli interessi giuridici degli istanti.

E' noto che il diritto di accesso accordato dal legislatore per esigenze difensive si connota per l'ampia latitudine dello stesso (anche rispetto ad interessi contrapposti), stante la *ratio* sottesa alla *tutela del diritto di difesa* costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.) del quale costituisce corollario.

Le direttrici fondamentali in tema di accesso difensivo individuate in una recente pronuncia del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria, sentenza 18 marzo 2021, n. 4) sono: 1) *la sussistenza del nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri*

interessi giuridici; 2) la verifica della sussistenza di un interesse legittimante, dotato delle caratteristiche della immediatezza, della concretezza e dell'attualità.

La sussistenza di un nesso di necessaria strumentalità impone al richiedente di motivare in modo puntuale e specifico la propria richiesta di accesso, rappresentando nell'istanza gli elementi che consentano all'amministrazione detentrica del documento un rigoroso e motivato vaglio in ordine a tale nesso.

Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti, non è a tal fine sufficiente *“nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando”*.

Conseguentemente, la legittimazione all'accesso deve essere riconosciuta *“ogniqualevolta gli atti e documenti nella disponibilità dell'amministrazione contengano notizie e dati che, secondo quanto esposto dall'istante, nonché alla luce di un esame oggettivo, attengono alla situazione giuridica tutelata o con essa interferiscono in quanto la compromettono.”* (T.A.R. Toscana, Sez. I, 27.07.2015, n. 1124).

D'altro canto, non compete alla P.A. detentrica del documento svolgere *ex ante* una valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato o instaurando, posto che *“un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non alla P.A. detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla L. n. 241/1990.”* (Consiglio di Stato Ad. Plen., 18.03.2021, n. 4).

Il legislatore ha in tal senso operato una valutazione di prevalenza dell'interesse ostensivo - ove connesso alla necessità di curare ovvero difendere i propri interessi giuridici - rispetto agli interessi, pubblici e privati, eventualmente antagonisti così legittimando l'accesso in ragione della preminenza, in una scala gerarchica di valori, delle prospettate esigenze defensionali.

Di conseguenza, la veste di controinteressato non deve essere riconosciuta a tutti coloro che, a qualsiasi titolo, siano nominati o coinvolti nel documento oggetto dell'istanza, ma solo a coloro che - per effetto della esibizione della documentazione - possano subire un pregiudizio concreto agli interessi privati di seguito indicati: *la protezione dei dati personali, la libertà e segretezza della corrispondenza, gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali* (art. 5-bis, comma 2 d.lgs. n. 33/2013).

L'Amministrazione, peraltro, non può assumere - quale unico fondamento del diniego di accesso agli atti - l'opposizione da parte del controinteressato, anche se motivata; spetta ad essa il potere di valutare e bilanciare gli interessi eventualmente contrapposti e decidere l'esibizione

della documentazione, anche in caso di opposizione del controinteressato, altrimenti verrebbe vanificata qualsiasi forma di trasparenza amministrativa.

Difatti, per consolidata giurisprudenza amministrativa, per poter ottenere copia degli elaborati scritti degli altri candidati occorre rivestire la semplice qualità di partecipante alla procedura concorsuale o selettiva indetta dalla p.a..

Solo in questa fattispecie si ha diritto di accedere a tutti gli atti della procedura selettiva, relativi sia alla posizione personale del richiedente, sia a quella degli altri partecipanti, i quali non rivestono neppure la qualifica di controinteressati in senso tecnico, posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno consentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza del concorso stesso: *“Tali atti una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti, fatta eccezione per effettive esigenze di tutela afferente la sfera riservata vulnerabile, da valutarsi in concreto, caso per caso.”* (cfr. Tar Toscana, sezione I, 29 aprile 2020, n.518; Tar Lazio, Roma, sez. I - quater, 30 gennaio 2012, n. 1032).

Il diritto di accesso difensivo prevale, quindi, nella comparazione degli opposti interessi, sulla tutela della posizione dei controinteressati all'esibizione documentale.

Infatti, ai fini del bilanciamento tra il diritto di accesso difensivo, preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato, e la tutela della riservatezza non trova applicazione il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari), né il criterio dell'indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati supersensibili), ma *il criterio generale della “necessità” ai fini della “cura e della difesa” di un proprio interesse giuridico*, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza (Cons. Stato, Sez. IV, 28.05.2021, n. 4114; Cons. Stato, Sez. V, 05.04.2022, n. 2530).

Sulla stessa scia, da ultimo, si è pronunciato il TAR Bari, sez. I, sentenza 23/06/2020 n. 925, ribadendo che in materia di concorsi pubblici, le domande e i documenti prodotti dai candidati, i verbali, le schede di valutazione e gli stessi elaborati di un concorso pubblico *costituiscono documenti rispetto ai quali deve essere esclusa in radice l'esigenza di riservatezza a tutela dei terzi, posto che i concorrenti, prendendo parte alla selezione, hanno evidentemente acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori di ciascuno costituisce l'essenza della valutazione.*

Di guisa che, *tali atti, una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti che, peraltro, non assumono neppure la veste di controinteressati in senso tecnico nei giudizi ex art. 25, legge n. 241/1990.*

La stessa Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi è pacifica nel ritenere che *il candidato di procedure concorsuali o paraconcorsuali è titolare del diritto di accesso ai relativi atti, quale portatore di un interesse sicuramente differenziato e qualificato, in vista della*

tutela di una posizione giuridicamente rilevante in esplicitazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito all'art. 24 della Costituzione (cd. accesso difensivo).

Tale tipologia di accesso è riconosciuta con riferimento agli elaborati delle prove, ai titoli esibiti dagli altri candidati, alle schede di valutazione ed ai verbali della commissione, nell'ottica e con la finalità di poter verificare, anche in sede giurisdizionale, la loro regolarità (C.A.D.A. pareri del 7 aprile 2016 e del 6 ottobre 2016).

Egualeme nte illegittima sarebbe la limitazione alla sola visione degli atti, atteso che la legge impone alla pubblica amministrazione l'accesso nella forma piena dell'estrazione di copia, e non della semplice presa di visione, al soggetto che abbia interesse a conoscere la documentazione amministrativa per tutelare in sede giurisdizionale i propri interessi.

Per le considerazioni suesposte, nel caso trattato, è stata ritenuta illegittima l'inerzia serbata dal Comune interessato.

3.7 Accesso civico generalizzato negato e riesame richiesto tardivamente

E' pervenuto un ricorso per il riesame del diniego tacito opposto da un Comune lucano avverso un'istanza di accesso civico generalizzato, protocollata molti mesi prima dalla data di presentazione del ricorso al Difensore civico.

Occorre preliminarmente inquadrare giuridicamente l'istituto introdotto dal Decreto legislativo n. 97/2016, denominato *accesso civico generalizzato*, sul modello statunitense del *Freedom of information act* (cd. *Foia*).

Come in precedenza richiamato, tale strumento giuridico sancisce il diritto di *chiunque* a ricevere dati, informazioni e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (c.d. *accesso civico semplice*).

L'esercizio del diritto portato da tale tipologia di accesso non è condizionato dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti - l'accesso civico non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, potendo essere attivato da *chiunque* - e non necessita di motivazione (*full disclosure*).

In presenza del diritto di accesso, inoltre, è immanente il diritto all'estrazione del documento, non potendosi disgiungere la visione del documento dalla sua fisicità analogica (sia pure nella versione digitale).

Tanto in attuazione del *principio di trasparenza* finalizzato non solo a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbli-

che, ma quale strumento di tutela dei cittadini e di promozione della partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e al dibattito pubblico.

La regola è, dunque, l'esibizione dei documenti e la comunicazione dei dati e delle informazioni detenuti dagli uffici pubblici, l'eccezione è costituita dal diniego nei soli casi tassativamente previsti dall'art. 5 *bis* del Decreto legislativo n. 33/2016.

In tali casi l'Amministrazione è tenuta a provare il *pregiudizio concreto* agli interessi pubblici e privati che possono essere lesi/pregiudicati dalla esibizione dei documenti o dalla rivelazione di certe informazioni, quindi, a motivare il provvedimento di diniego.

Giova evidenziare che - secondo dottrina consolidata in materia di accesso civico generalizzato - il procedimento di riesame dinanzi al Difensore civico o al RPCT deve essere attivato entro il termine di 30 giorni dalla decisione di prima istanza, mutuandosi per tale tipologia di accesso la disciplina della legge n. 241 del 1990 riferita all'accesso documentale e la disciplina generale dei ricorsi amministrativi, al quale l'istituto del riesame è riconducibile.

In particolare, il ricorso amministrativo all'organo sovraordinato contro un atto amministrativo non definitivo *“deve essere proposto nel termine di trenta giorni dalla data della notificazione o della comunicazione in via amministrativa dell'atto impugnato e da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza”*.

Difatti, la fissazione di un termine di decadenza permette di dare certezza giuridica sia agli effetti dell'atto che all'attivazione del ricorso giurisdizionale innanzi al Tar territorialmente competente ovvero del rimedio amministrativo del riesame del Difensore civico o del Responsabile della Trasparenza.

Sul punto, in mancanza di un'espressa previsione del termine di decadenza nel Decreto Trasparenza, è intervenuta la Circolare n.1/2019 del Ministro per la Pubblica Amministrazione, secondo cui *“l'assenza di un termine per l'attivazione del procedimento di riesame è suscettibile di determinare un sostanziale aggiramento del termine di decadenza (30 giorni) previsto per impugnare la decisione dell'amministrazione davanti al giudice o al difensore civico”*.

Decorso tale termine, pertanto, il Difensore civico o il RPCT dovrà dichiarare irricevibile l'istanza di riesame, fatti salvi i casi in cui la tardività appaia incolpevole o comunque giustificata alla luce delle specifiche motivazioni addotte dal richiedente.

Ciò posto e considerato - atteso che nel caso in esame il ricorso per ottenere il riesame era stato presentato al Difensore civico in modo tardivo, vale a dire scaduto infruttuosamente il suindicato termine, né risultava dall'istruttoria una delle ipotesi derogatorie precitate - il ricorso è stato respinto con provvedimento motivato.

3.8 Illegittimità del diniego all'esibizione dei titoli autorizzativi di opere edilizie

Sono pervenuti quattro ricorsi da parte di proprietari di immobili (limitrofi a quello oggetto della pratica edilizia) tesi ad ottenere il riesame del diniego opposto dall'U.T.C. all'esibizione di titoli autorizzativi per l'esecuzione degli interventi edilizi, paventandosi (come motivazione espressa del diniego) la lesione al diritto di riservatezza dei soggetti autorizzati e la non divulgazione dei progetti depositati dai tecnici autorizzati (coperti dalla proprietà intellettuale).

Quanto al quadro normativo di riferimento appare utile evidenziare che il T.U. n. 380/2002 (art. 20, comma 6), stabilisce che dell'avvenuto rilascio di un titolo edilizio va dato avviso all'albo pretorio.

Sul punto occorre richiamare alcune dirimenti pronunce del giudice amministrativo: *“Tale disposizione non può che essere interpretata nel senso che tale onere di pubblicazione è funzionale a consentire a qualsiasi soggetto interessato di visionare gli atti del procedimento, in ragione di quel controllo “diffuso” sull'attività edilizia che il legislatore ha inteso garantire. (...) I titoli edilizi sono atti pubblici né tali conclusioni possono mutare in relazione alla tipologia del titolo edilizio utilizzato: permesso di costruire, SCIA o CILA. (...) Va altresì rilevato che la giurisprudenza, in più occasioni, ha evidenziato come al proprietario del fondo vicino a quello interessato da nuove opere spetti il diritto di accesso a tutti gli atti abilitativi edilizi quando si faccia valere l'interesse ad accertare il rispetto delle previsioni urbanistiche, trattandosi di posizione qualificata e differenziata, e non meramente emulativa o preordinata ad un controllo generalizzato dell'azione amministrativa.”* (TAR Brescia, sez. II, sentenza 9.12.2020, n. 871).

Ne consegue l'illegittimità del diniego espresso dall'ente locale con riguardo all'istanza ostensiva tendente ad ottenere il rilascio di copia degli atti inerenti un permesso di costruire, sempre che il richiedente abbia fondato l'interesse ad accedere in ragione del rapporto e/ della posizione di “vicinitas” intercorrente tra l'immobile di proprietà e quello del beneficiario del titolo edificatorio, nonché della *necessità di verificare la legittimità e conformità urbanistico-edilizia del titolo.*

Ne consegue che, in materia di rilascio di titoli edilizi, il presupposto della “vicinitas” è di per sé sufficiente a legittimare il diritto di accesso ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 e s.m.i. (TAR Toscana, sez. III, 7.12.2012, n. 1993).

Del resto i titoli edilizi sono atti pubblici, perciò chi esegue le opere non può opporre un diritto di riservatezza, trattandosi di materia urbanistica che soggiace di per sé ad una linea di massima trasparenza, non suscettibile di deroghe o sottrazioni.

Pertanto, è sufficiente la verifica da parte della P.A. dell'esistenza in capo al richiedente di una posizione giuridica soggettiva anche meramente potenziale, tale da escludere finalità “mera-

mente esplorative” o comunque orientate a un “controllo generalizzato” dell’attività amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1947 del 2018).

D’altro canto, non potrebbero essere eccepite ragioni di riservatezza con riguardo all’opera intellettuale dei progettisti; come evidenziato nella seguente sentenza “*l’accesso agli elaborati progettuali relativi ad atto autorizzativo di opere edilizie, deve essere consentito dalla P.A. a coloro che vi abbiano interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, salva restando, da parte degli autori dei progetti stessi, ogni tutela giurisdizionale, nelle competenti sedi civili e penali, nell’ipotesi in cui coloro che abbiano ottenuto copia degli atti, li utilizzino a fini diversi da quelli per cui il rilascio è avvenuto, ovvero consentano a terzi di porre in essere illecite utilizzazioni. Contestualmente deve essere data comunicazione di avvio del procedimento di accesso a tutti i soggetti contro-interessati che potrebbero ricevere un pregiudizio all’autorizzazione di che trattasi.*” (cfr. Tar Puglia, sez. II, Bari, n. 544 del 24 luglio 1997; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 1036/1993).

Sulla base delle espresse considerazioni e conclusioni della giurisprudenza di merito, l’Ufficio tecnico comunale è stato invitato da questo Difensore civico ad esibire la documentazione richiesta dagli interessati, previa corretta instaurazione del contraddittorio con tutti i soggetti controinteressati.

3.9 Perdurante inerzia della P.A. sulle istanze di accesso agli atti

Ai sensi dell’art. 25, comma 4, legge 241/1990 in caso di diniego dell’accesso (espreso o tacito) o di differimento dello stesso, il richiedente può presentare, entro il termine di trenta giorni, ricorso in sede giurisdizionale (ex art. 116 c.p.a.) o chiedere nello stesso termine che la determinazione negativa, anche tacita, dell’amministrazione sia riesaminata da parte del Difensore civico.

Tale previsione è intesa uniformemente nel senso che l’inutile decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione dell’istanza configura un silenzio-rigetto definito anche diniego tacito (Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2021, n. 4560).

Ai sensi dell’art. 25, comma 8, della citata legge, anche il Difensore civico si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione dell’istanza; viceversa, nel caso in cui non si provveda entro detto termine, il ricorso si intende respinto.

A norma dello stesso articolo, qualora il Difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento, ne informa il richiedente e lo comunica all’amministrazione interessata. Se quest’ultima non emana un provvedimento confermativo motivato del diniego, entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del Difensore civico, l’accesso è consentito.

In tale ultima ipotesi il legislatore viene, dunque, a configurare l'accesso alla documentazione richiesta come un atto dovuto da parte dell'amministrazione, non residuando in capo alla stessa alcuna discrezionalità in ordine all'*an* dell'accessibilità dei documenti.

Sul punto, soccorre granitica giurisprudenza amministrativa, secondo cui: *“il decorso del termine previsto senza che l'Amministrazione intervenga cristallizza la situazione in senso definitivamente favorevole al richiedente, senza lasciare più spazio ad ulteriori interventi dell'Amministrazione stessa, il cui potere è in questo caso consumato...[con la conseguenza che] la mancata conferma del diniego da parte dell'Amministrazione si traduce in una rinuncia della stessa ad opporsi all'accesso; e proprio perché in tal modo si consolida definitivamente il giudizio espresso dal Difensore civico o dalla Commissione, non appare neppure ipotizzabile che, prodottosi l'effetto legale in questione, su di esso l'Amministrazione possa ancora intervenire in via di autotutela.”* (TAR Firenze, n. 554/2015).

Ciò posto, è emerso l'interrogativo se la perdurante inerzia dell'amministrazione dopo l'accoglimento del riesame da parte Difensore civico, senza confermare motivatamente il diniego, consenta di escludere la configurabilità della fattispecie penale dell'omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 del codice penale.

L'art. 328, comma 2, c.p., attribuisce rilevanza penale alla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio *“che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo”*.

Sul punto la giurisprudenza più recente sembra orientata a non escludere la rilevanza penale della condotta omissiva del pubblico ufficiale. In tal senso si è espresso il TAR Lazio (Roma), Sez. III, 4 giugno 2021, n. 6701, per cui *“In tema di omissione di atti d'ufficio, di cui all'art. 328 comma 2, c.p., il formarsi del silenzio-rifiuto alla scadenza del termine di 30 giorni dalla richiesta di accesso del privato costituisce inadempimento integrante la condotta omissiva richiesta per la configurazione della fattispecie incriminatrice”*.

Non si discosta dall'indicata pronuncia l'indirizzo della giurisprudenza penale laddove afferma: *“La fattispecie di cui all'art. 328 c.p., comma 2, incrimina non tanto l'omissione dell'atto richiesto, quanto la mancata indicazione delle ragioni del ritardo entro i trenta giorni dall'istanza di chi vi abbia interesse. L'omissione dell'atto, non comporta ex se la punibilità dell'agente, poiché questa scatta soltanto se il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio), oltre a non avere compiuto l'atto, non risponde per esporre le ragioni del ritardo: viene punita, in tal modo, non già la mancata adozione dell'atto, che potrebbe rientrare nel potere discrezionale della pubblica amministrazione, bensì l'inerzia del funzionario, la quale finisce per rendere poco trasparente l'attività amministrativa. In tal senso, la stessa formulazione della norma, che utilizza la congiunzione “e”, delinea una equiparazione ex lege dell'omessa risposta che illustra le ragioni del ritardo alla mancata adozione dell'atto richiesto”*. (Cass. pen., Sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 42610).